

كتاب القضاء

وهو من قضى يقضى إذا حكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [سورة الإسراء، الآية: ٢٣] أي حكم وهو فرض كفاية كالجهاد والإمامة عند مالك والشافعي وأبي حنيفة، واختلفت الرواية عن أحمد فمرة قال: ليس بفرض كفاية ومرة قال هو فرض كفاية.

والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع، فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَهُودِ إِذْ بَدَّلُوا دِينَهُمْ إِلَىٰ آلِ إِثْرِهِمْ إِنَّكَ لَعَلَّيْكَ خَلِيفَةٌ فِي الْأَرْضِ فَأَحْكُم بَيْنَ الْيَهُودِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [سورة ص، الآية: ٢٦] وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾ [سورة النور، الآية: ٥١] وقوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ﴾ [سورة الأنبياء، الآية: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُكِمَ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [سورة النساء، الآية: ٥٨] وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: ٦٥] وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبَكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنَ لِلْعَالَمِينَ حَصِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية: ١٠٥] وقوله تعالى: ﴿وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْعُرْفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [سورة آل عمران، الآية: ١٠٤] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ فِي مَا هُمْ فِيهِ يَخْتَلِفُونَ﴾ [سورة الزمر، الآية: ٣].

وأما السنة: فبما رواه الشيخان عن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر» وما ثبت من بعثه ﷺ هو وخلفاؤه الراشدون للقضاة إلى جميع الجهات، وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء على وجوبه، وهذا الكتاب مشتمل على ستة أبواب. الأول منها: في معرفة من يجوز قضاؤه، والثاني: في معرفة ما يقضي به، والثالث: في معرفة ما يقضي فيه. والرابع: في معرفة من يقضي له أو يقضي عليه، والخامس: في معرفة كيفية القضاء، والسادس: في معرفة وقت القضاء.

الباب الأول

في معرفة الصفات المشتركة في جواز القضاء

فقد اتفق العلماء على اشتراط أن يكون القاضي: حراً مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً ذكراً.

واختلفوا في اشتراط كونه من أهل الاجتهاد، فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى اشتراط الاجتهاد، وأنه لا يجوز تولية الجاهل لطرق الأحكام، وقال أبو حنيفة بجواز تولية القضاء من ليس بمجتهد. وقال ابن رشد: ظاهر ما حكاه جدي رحمة الله عليه في المقدمات يدل على جواز حكم من ليس من أهل الاجتهاد، لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة، قال ابن هبيرة في الإفصاح: والصحيح في هذه المسألة أن من شرط الاجتهاد إنما عني به ما كان الحال عليه قبل استقرار هذه المذاهب الأربعة التي أجمعت الأمة على أن كلاً منها يجوز العمل به لأنه مستند إلى أمر رسول الله ﷺ وإلى سنته.

فالقاضي في هذه الأوقات وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ولم يكن قد سعى في طلب الأحاديث وانتقاد طرقها وعرف من لغة من نطق بالشرعة ﷺ ما لا يعوزه معه معرفة ما يحتاج إليه وغير ذلك من شروط الاجتهاد: فإن ذلك مما قد فرغ له منه غيره ودأب له فيه سواه، وانتهى الأمر من هؤلاء الأئمة المجتهدين، إلى ما أراحوا فيه من بعدهم، وانحصر الحق في أقاويلهم ودونت

العلوم، وانتهت إلى ما اتضح فيه الحق، فإذا عمل القاضي في أقضيته بما يأخذه عنهم أو على واحد منهم فإنه في معنى ما كان أداه اجتهاده إلى قوله، وعلى ذلك فإنه إذا خرج من خلافهم متوخياً موطن الاتفاق ما أمكنه: كان آخذاً بالحزم عاملاً بالأولى، وكذلك إذا قصد في مواضع الاختلاف، وتوخى ما عليه الأكثر منهم، وعمل بما قاله الجمهور دون الواحد منهم، فإنه قد أخذ بالحزم والأحسن والأولى، مع جواز أن يعمل بقول الواحد، إلا أنني أكره أن يكون ذلك من حيث أن يكون قد قرأ مذهب واحد منهم، أو نشأ في بلد لم يعرف فيه إلا مذهب إمام واحد منهم، أو كان شيخه ومعلمه على مذهب فقيه من الفقهاء خاصة، فقصر نفسه على اتباع ذلك المذهب، حتى إنه إذا حضر عنده خصمان وكان ما تشاجرا فيه مما يفتي الفقهاء الثلاثة فيه بحكم، نحو الوكيل بغير رضى الخصم، وكان الحاكم حنفياً وقد علم أن مالكا والشافعي وأحمد اتفقوا على جواز هذا التوكيل، فإن أبا حنيفة لم يجز هذه الوكالة، فعدل عما أجمع عليه هؤلاء الثلاثة إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة، بمجرد أنه قول فقيه هو من جملة فقهاء الأتباع، من غير أن يثبت عنده بالدليل، ولا أداه الاجتهاد إلى ما قاله أبو حنيفة أو إلى ما اتفق عليه الجماعة، فإني أخاف على هذا أن يكون متبوعاً من الله سبحانه وتعالى بأنه قد اتبع هواه في ذلك وأنه لا يكون ممن يستمعون القول فيتبعون أحسنه، وكذلك إن كان القاضي على مذهب مالك واختصم إليه في سؤر الكلب، مع كونه يعلم أن الفقهاء كلهم قضوا بنجاسته فعدل إلى مذهبه، وكذلك إذا كان القاضي على مذهب الشافعي فتنازع إليه خصمان في ترك التسمية عمداً، فقال أحدهما: إن هذا منعني من بيع شاة مذكاة وأفسدها علي، وقال آخر: أنا منعته من بيع الميتة، فقضى عليه بمذهبه. وقد علم أن الفقهاء الثلاثة على خلافه، وكذلك لو كان القاضي على مذهب أحمد فاخصم إليه خصمان فقال أحدهما: لي عليه مال، وقال الآخر: كان له علي وقضيته له، فقضى عليه بالبراءة في إقراره، وقد علم أن الفقهاء الثلاثة على خلافه، فإن هذا وأمثاله من توخى اتباع الأكثرين فيه أقرب عندي إلى الإخلاص وأرجح في العمل،

ويمقتضى هذا فإن ولايات الحكام في وقتنا هذا ولايات صحيحة، وأنهم قد سدوا من ثغور الإسلام ثغراً سده فرض كفاية، قال: لو أهلنا هذا القول ولم نذكره ومشينا على طريق التغافل التي يمشي فيها من يمشي من الفقهاء الذين يذكر كل منهم في كتاب إن صنفه، أو قول إن قاله، أنه لا يجوز أن يكون أحد قاضياً حتى يكون من أهل الاجتهاد، ثم يذكر في شرط الاجتهاد أشياء ليست موجودة في الحكام، فإن هذا كالأحالة والتناقض، وكأنه تعطيل للأحكام وسد لباب الحكم، أن لا ينفذ حق، ولا يكاتب به، ولا تقام بينة، إلى غير ذلك من القواعد الشرعية وكان هذا غير صحيح، وبأن أن الحكام اليوم حكوماتهم صحيحة نافذة وولاياتهم جائزة شرعاً.

فرع: واختلف الأئمة في القضاء في المسجد، فقال مالك وأبو حنيفة وأحمد بجوازه من غير كراهة، وقال الشافعي: يكره إلا أن يدخل القاضي المسجد للصلاة فيحدث ما يوجب القضاء في المسجد.

واختلفوا في جواز تولية المرأة القضاء، فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه لا يصح أن تتولى القضاء مطلقاً، وذهب أبو حنيفة إلى صحة قضائها فيما تصح شهادتها فيه مثل الأموال، وأجاز الطبري أن تكون المرأة حاكماً مطلقاً في جميع الأمور كلها.

وسبب الخلاف: في توليتها للقضاء: أن من منع قضاءها قاسها على الإمامة الكبرى، وقاسها أيضاً على العبد لنقصان حرمتها، ومن أجاز حكمها في الأموال قاس حكمها على شهادتها، «قلت»: ويقوي حجة من قال: لا تصح ولايتها للقضاء قوله تعالى: ﴿أَوْ مَنْ يُنشِئُوا فِي الْحَلِيِّ وَهُوَ فِي الْخِصَابِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾ [سورة الزخرف، الآية: ١٨] وقوله ﷺ في حقهن: «فهن ناقصات عقل ودين» وهو الراجح عندي. ولا خلاف في اشتراط الحرية، قال ابن رشد في البداية: ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة في استمرار ولايته، وليس شرطاً في جواز ولايته.

ومن شروط القضاء عند مالك أن يكون القاضي واحداً في البلد، وأجاز الشافعي تعدد القضاة في بلد واحد إذا رسم لكل واحد منهم ما يحكم فيه، وإن شرط اتفاقهم في كل حكم لم يجز، وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهم ففيه وجهان: الجواز وعدمه، وإن تنازع الخصمان في اختيار أحدهما وجب أن يقرعاً عنده.

واختلفوا في تولية الأمي للقضاء، ومن العلماء من قال: لا يجوز، ومنهم من قال: بالجواز، وعن الشافعي القولان جميعاً، والراجح عندي: الجواز، لأن النبي ﷺ هو أعظم القضاة وهو أمي، ولذلك أجمعوا على جواز تولية الحاكم الأعظم للقضاء، وتوليته للقضاء لمن يراه أهلاً لذلك، ولو كان أمياً لا يقرأ ولا يكتب، لأن القضاء متعلق بالفهم لا بالأمرين.

فرع: واختلف الأئمة في نفوذ حكم من رضيه الخصمان ممن ليس من القضاة، فقال مالك وأحمد: ينفذ حكمه، وقال الشافعي في أحد قولي: لا يجوز، وقال أبو حنيفة: يجوز إذا وافق حكمه حكم قاضي البلد.

الباب الثاني

في معرفة ما يقضي به

اتفق العلماء على أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق، سواء كان حقاً لله أو حقاً لعباد الله، وأنه نائب عن الإمام، يعقد الأنكحة، ويقدم الأوصية. وهل يقدم الأئمة في المساجد والجوامع، أو يستخلف فيه عند المرض والسفر من غير إذن الإمام؟ في ذلك خلاف، وله أن ينظر في أمور الحجر على السفهاء، ولا يكون نائباً عن الإمام في الجزية والجباية، إلا أن يستنييه على ذلك.

فرع: واختلف الأئمة هل حكم الحاكم يخرج الأمور عما كانت عليه في الباطن أو ينفذ حكمه في الظاهر أي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً أم لا؟

فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، سواء في ذلك الأموال والفروج، ووافقهم أبو حنيفة في الأموال وخالفهم في الفروج، مثال ذلك أن يشهد شاهدان زوراً في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة.

فقال الأئمة الثلاثة: لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم، وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه: تحل له، وحجة الجمهور قوله ﷺ في الحديث المتفق على صحته: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ فلعن بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار» متفق عليه، والجمهور قالوا: هذا الحديث عام في الأموال وغيرها. وحجة أبي حنيفة وأصحابه: القياس على اللعان، وقالوا: اللعان ثابت بالشرع وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب وأوجب الفرقه وحرّم المرأة على زوجها المتلاعن بها ويحلها لغيره، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلاّ بحكم الحاكم، وإن كانت هي الكاذبة كذلك، لأن زناها لا يحرمها على زوجها ولا يوجب فرقتها، والجمهور على أن الفرقه ههنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب، وقطعاً للشقاق بينهما، ومحافظة على الأعراض.

الباب الثالث

فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون بأربعة أشياء: بالشهادة، وباليمين، وبشبوت الحق، وبالإقرار، وهذا الباب مشتمل على أربعة فصول: الفصل الأول منها: في الشروط المعتمدة في قبول الشهادة، وهي خمسة: العدالة، والبلوغ، والإسلام، والعقل، والحرية، ونفي التهمة وهو السادس، إلاّ أنه راجع إلى الخمسة قبله.

وقد اتفق العلماء على اشتراط العدالة في الشهادة لقول الله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ

واختلفوا في العدالة المشترطة في الشهود: فقال مالك والشافعي وأحمد في إحدى روايتيه: هي صفة زائدة على الإسلام، وهو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحباته، ومجتنباً لمحرماته ومكروهاته، وقال أبو حنيفة: يكفي في العدالة ظاهر الإسلام، وأن لا تعلم منه جرحة، ولا يسأل الحاكم عن باطن عدالته، في الحدود والقصاص.

وسبب الخلاف: ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفاسق المعلوم الفسق بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكَ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن﴾ [سورة الحجرات، الآية: ٦]، والرواية الأخرى عن أحمد: أن الحاكم يكتفي بظاهر الإسلام ولا يسأل عن باطنه، وهو اختيار أبي بكر من أصحابه.

فرع: في صحة توبة الفاسق: واتفقوا على أن الفاسق إذا ظهرت توبته تقبل شهادته، إلا في القذف عند أبي حنيفة فقال: لا تقبل شهادته في القذف وإن تاب، متمسكاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [سورة النور، الآية: ٤]، وعند الجمهور: التائب مستثنى من ذلك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [سورة آل عمران، الآية: ٨٩] والأحناف قالوا: التوبة لا تسقط الحد، فإذا لم تسقط الحد فكذلك الفسق لا تسقطه في القذف.

فرع: في اشتراط البلوغ في الشهادة: وأما البلوغ فقد اتفق العلماء على اشتراطه في العدالة.

واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجروح، فاشتراط جمهور الفقهاء البلوغ فيها ولم يقبلوها، فقبلها مالك بشرط أن يؤدوها قبل أن يفترقوا عن المكان الذي حصل فيه القتل أو الجرح. واختلف أصحاب مالك إذا كان بالغ بين الصغار، فمنهم من قال تقبل شهادة بعضهم على بعض، ومنهم من قال: لا تقبل شهادتهم إذا كان معهم بالغ، قال ابن رشد: ولا عمدة

لمالك في هذا، إلا أنه مروي عن ابن الزبير، وقال الشافعي: فإن احتج محتج بهذا قيل له إن ابن عباس قد رذها، والقرآن يدل على بطلانها، ويقول مالك قال ابن أبي ليلى وجماعة من التابعين، وهو أحوط عندي، قال ابن رشد: وإجازة مالك لذلك هي من باب قياس المصلحة.

واختلفوا في اشتراط الذكورية، فقال مالك والثوري والشافعي وأحمد في رواية: لا تقبل شهادة النساء في الفرع «أي التذكية»، وقال أبو حنيفة وأحمد في رواية تقبل شهادتهن في الفرع كما تقبل في الأصول، واتفقوا على قبول شهادتهن في إثبات الحق في الأصل من الأموال وفيما لا يطلع عليه الرجال عادة، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ أَنْ تَضَلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٨٢].

فرع: واختلفوا في الجرح المطلق، فقال مالك: إن كان الجارح عالماً بما يوجب الجرح مبرزاً في عدالته قبل جرحه مطلقاً، وإن كان غير متصف بهذه الصفة لم يقبل إلا ببيان السبب، وقال الشافعي وأحمد: لا يقبل حتى يعين سببه، وقال أبو حنيفة: يقبل مطلقاً، وعن أحمد رواية مثله.

فرع: في جرح النساء، واختلفوا في جرح النساء وتعديلهن، فقال مالك والشافعي وأحمد: لا مدخل لهن في ذلك، وقال أبو حنيفة: يقبل تعديلهن وجرحهن.

واختلفوا في قول المزكي، فلان عدل رضي: فقال مالك: إن كان المزكي عالماً بأسباب العدالة قبل قوله ولم يفتقر إلى قوله علي: وقال الشافعي: لا يقبل حتى يقول هو عدل رضي لي وعلي: وقال أبو حنيفة وأحمد: يكفي قوله هو عدل رضي في تركيته.

فرع: في اشتراط الإسلام، وأما الإسلام فقد اتفقوا على اشتراطه في قبول الشهادة، وإنما اختلفوا في شهادة الكافر في الوصية في السفر.

وسبب الاختلاف في ذلك: اختلافهم في آية الوصية في السفر، فمن أجاز شهادة الكافر فيها قال: الآية محكمة، وهو أبو حنيفة بشرط العدالة المذكورة في الآية، ومن لم يجز شهادته في الوصية في السفر قال: الآية منسوخة، وبه قال مالك والشافعي، وذكر الخرقى جواز شهادة الكفار في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم، وذكر ابن قدامة في المغني: أنه قول ابن المنذر، وبه قال أكابر الماضين وممن قال بذلك: شريح والنخعي والأوزاعي ويحيى بن حمزة، وقضى بذلك ابن مسعود وأبو موسى رضي الله عنهما: وخالف ابن رشد في أبي حنيفة لأنه قال: وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي: لا تقبل شهادته، لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية، كالفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى بذلك، واستدل ابن قدامة للجواز بقوله تعالى: ﴿أَوْ أَخْرَأْنَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [سورة المائدة، الآية: ١٠٦].

فرع: وأما الحرية فقد اشترطها جمهور العلماء، وممن قال باشتراطها: عطاء ومجاهد والحسن ومالك والأوزاعي والثوري والشافعي وأبو حنيفة وأبو عبيد، وهؤلاء كلهم قالوا: لا تقبل شهادة العبد، لأنه غير ذي مروءة، ولأن الشهادة مبنية على الكمال لا تتبعض فلم يدخل فيها العبيد، ولأن الرق أثر من آثار الكفر فوجب أن يكون له أثر في رد الشهادة، وذهب أحمد إلى جواز شهادة العبد، وبه قال داود الظاهري إلا في الحدود، وروي ذلك عن علي وأنس وعروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتي وابن المنذر وأبي ثور، واستدلوا بعموم آيات الشهادة، وقالوا لأن الأصل اشتراط العدالة حيثما وجدت جازت الشهادة، والعبودية ليس لها تأثير في الرد إلا أن يثبت استثناء العبد بدليل من الكتاب أو السنة، والذي يترجح عندي ههنا: قول من قال: لا تقبل شهادته، لأن العبد ناقص عن الحر في جميع الأحكام الشرعية كالحدود والنكاح والطلاق، ولأن الرق يمنعه من حرية التصرف في أقواله كما يمنعه من حرية التصرف في أفعاله، ولأنه مال يتداوله الناس فيما بينهم، ولأنه لا يجوز له أن يكون قاضياً ولا إماماً لنقصه: والله أعلم.

فصل

في اشتراط نفي التهمة

وأما التهمة فقد أجمع العلماء على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة .

واختلفوا في رد شهادة العدل لموضع المحبة أو القرابة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية، ولذلك اختلفوا في شهادة الوالدين لولدهما وإن علوا وشهادة الولد لوالديه وإن سفلا .

فذهب الجمهور إلى منع ذلك، وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وهو المشهور من مذهب أحمد، وعن أحمد رواية ثانية إنها تقبل شهادة الولد لأبيه ولا تقبل شهادة الأب لولده لأن مال الابن من مال الأب، فشهادته له شهادة لنفسه أو يجربها لنفسه نفعا، واستدل بقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» وقوله ﷺ: «إن أطيب ما أكل أحدكم من كسبه وأن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم»، وعن أحمد رواية ثالثة أنها تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما لا تهمة فيه، كالنكاح والطلاق والقصاص، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود وإسحاق وابن المنذر، وروي عن شريح، واستدلوا بعموم الآيات التي في الشهادة. وأما القائلون بالمنع وهم الجمهور فاستدلوا بما رواه الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» رواه أبو داود في المراسيل والبيهقي في السنن، ورواه مالك في الموطأ بلفظ: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين»، ورواه الحاكم بلفظ لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة قال الغماري صحيح على شرط مسلم، قال: وأقره الذهبي، وما رواه أبو داود من قوله ﷺ: «لا تقبل شهادة بدوي على حضري» رواه أبو داود والترمذي وأحمد والبيهقي وقال: هو حديث منكر على نظافة إسناده، ووافقه المنذري .

واحتجوا أيضاً من طريق المعنى بأنهم أجمعوا على أن التهمة لها تأثير في الأحكام الشرعية ولذلك اتفق الجمهور على منع الإرث للقاتل من مال المقتول لأنه متهم على قتله ليرثه، والمطلق في مرض موته. وأما الفريق الثاني فقد سبق أنهم استشهدوا بعموم قوله تعالى: ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كَوْنُوا قَوَّامِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنْفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَالِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [سورة النساء، الآية: ١٣٥]، وقالوا: الأمر بالشيء يقتضي إجزاء الأمور به، إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرأة لنفسه، لأن الشرط الأساسي للشهادة العدالة، فإذا وجدت قبلت الشهادة، والآية المتقدمة التي استدل بها القائلون بقبول شهادة البنين للآباء والآباء للبنين هي بنفسها استدل بها الجمهور المانعون شهادة البنين للآباء والآباء للبنين، لأنهم فرقوا بين الشهادة عليهم وبين الشهادة لهم وهي نص في الشهادة عليهم، وروي عن بعض الشافعية أنهم قالوا: لا تقبل شهادة الابن على والده في قصاص، ولا حد قذف لأنه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك، وهذا رواية عن أحمد، والصحيح في مذهبهما الأول.

واختلفوا في شهادة أحد الزوجين لصاحبه، فمنعها مالك والنخعي وإسحاق وأبو حنيفة وأحمد: وأجازها شريح والحسن وأبو ثور والشافعي، وقالوا: لأنه عقد على منفعة أي الزوج فلا يمنع قبول الشهادة كالإجارة ونحوها، وقال الثوري وابن أبي ليلى: تقبل شهادة الزوج لزوجته لأنه لا تهمة في حقه، ولا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأنها متهمة في ذلك لطلب حقوقها منه وترضيه بشهادتها له.

تنبيه: وقد ذكر ابن قدامة الشافعي في القولين والصحيح أنه مع الفريق الثاني لا الأول.

فصل

فيما تثبت به الشهادة من العدد

اتفق الأئمة على أن الزنا لا يثبت بأقل من أربعة شهود عدل ذكور، كما

اتفقوا على أن جميع الحقوق تثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين، ولم يخالف في ذلك إلا الحسن البصري، فإنه قال: لا تثبت الحقوق إلا بأربعة شهود عدول كالزنا، وذلك شذوذ منه رحمه الله، لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٨٢]، واتفقوا على أن الحكم يثبت بالشاهدين من غير يمين المدعي، إلا ابن أبي ليلى فقال: لا بد من يمينه، واتفقوا على أن الأموال تثبت بشهادة رجل وامرأتين، لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٨٢].

واختلفوا في قبول شهادتهما في الحدود، فقال الجمهور: لا تقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا منفردات، وقالت الظاهرية: تقبل إذا كان معهما رجل أو امرأتين في كل شيء، وقال أبو حنيفة: تقبل في الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل النكاح والطلاق والرجعة والعق. وقال مالك: لا تقبل شهادتهن في حكم الأبدان. واختلف أصحابه في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال كالوكالة والوصية، فقال مالك وابن القاسم وابن وهب: تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين، وقال أشهب وابن الماجشون: لا يقبل فيه إلا رجلين قاله في الإفصاح.

فرع: في عدد الشهود وجنسهم: واختلفوا في عدد من يقبل القاضي في تفسير الترجمة وتأدية الرسالة والجرح والتعديل والتعريف، فقال أبو حنيفة وأحمد: تقبل في ذلك كله شهادة رجل واحد، وقال أبو حنيفة خاصة: ويجوز أن تكون امرأة واحدة، وقال الشافعي وأحمد في الرواية الأخرى: لا يقبل أقل من رجلين: وقال مالك: إن كان المتخاصم فيه إقراراً بمال أو ما يتعلق بالمال قبل فيه رجل وامرأتان: وإن كان إقراراً فيما يتعلق بالأبدان لم يقبل إلا رجلين.

واتفقوا في صحة شهادة النساء منفردات عن الرجال فيما لا يطلع عليه الرجال من حقوق الأبدان مثل الولادة والاستهلال وعبوب النساء والرضاع، إلا

أبا حنيفة فقد خالف في الرضاع فقال: لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال، لأنه يراه من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء.

واختلفوا في العدد المشترط فيهن دون الرجال، فقال مالك: يكفي امرأتان، قيل: مع انتشار الأمر، وقيل: وإن لم ينتشر، وقال الشافعي: لا يكفي في ذلك أقل من أربع نسوة، لأن الله عز وجل جعل امرأتين مقابل الرجل الواحد في الشهادة، ومن العلماء من قال: لا يكفي في ذلك أقل من ثلاثة، وقال أبو حنيفة: بجواز شهادة المرأة الواحدة فيما بين السرة والركبة، وأحسب أن الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء منفردات في كل شيء كما أنهم يجيزون شهادتهن مع الرجال مطلقاً، وقد تقدم الكلام على شهادة المرأة الواحدة في الرضاع: ودليل من أجازها، وذكر الخلاف في ذلك في النكاح.

الفصل الثاني

في الأيمان وما يثبت بها وما يبطل بها

اتفق الفقهاء على أن الدعاوى تبطل بالأيمان على المدعى عليه إن لم تكن للمدعي بينة.

واختلفوا هل يثبت بها أي اليمين حق المدعي أم لا؟ فقال مالك: يثبت بها في إثبات ما أنكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا كان المدعي أقوى سبباً وشبهة، وقال ابن رشد: وقال غيره أي مالك: لا تثبت للمدعي حجة دعواه باليمين سواء في إسقاط الحق الذي ثبت عليه أو في إثبات حقه الذي أنكره خصمه، وقال صاحب كتاب «رحمة الأمة»: اتفقوا على أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

وسبب الخلاف: اختلافهم في مفهوم الحديث الذي رواه الشيخان عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» هل الحديث عام في كل مدع ومدعى عليه أو هو يخص كل واحد منهما بما يخصه ولا يتعداه إلى

غيره؟ ولأن المدعي في الغالب أضعف شبهة من المدعى عليه لأن الأصل براءة الذمة، فمن رأى أن هذا الحكم عام في المدعي والمدعى عليه أيهما أقوى شبهة يثبت له الحق باليمين، وقوى ذلك باتفاق الجمهور في بعض المواضع على أن القول قول المدعي بيمينه، مثل دعوى التلف في الوديعة، ومن رأى أن هذا الحكم خاص بالمدعى عليه، قصره عليه ولا يرى إثبات الحق للمدعي باليمين، ولا إسقاطه عليه بها.

فرع: وأجمعوا على أن اليمين المشروعة التي تثبت بها الدعوى وتسقط بها هي: اليمين بالله، وصفتها عند مالك: بالله الذي لا إله إلا هو، وعند الشافعي: بالله الذي لا إله إلا هو الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، وقال أبو حنيفة: لا تغلظ بالقول إلا على أهل الذمة.

فرع: واختلف الأئمة في تغليظ اليمين بالمكان، فذهب مالك والشافعي إلى أنها تغلظ بالمكان.

واختلفوا في قدر المال الذي تغلظ فيه، فقال مالك: في ثلاثة دراهم فصاعداً، وبه قال الشافعي وأحمد، وهو اختيار الخطابي من أصحابه، وقال ابن جرير تغلظ في القليل والكثير، فيحلف في المسجد الجامع، فإن كان في مسجد الرسول فعلى المنبر، فقد اتفق الأئمة القائلون بتغليظها على أنه يحلف على المنبر في مسجد الرسول، وإن كان في غيره فعن مالك روايتان: إحداهما: على المنبر، والأخرى: في أي مكان في المسجد وقال الشافعي: فإن كان في مسجد الرسول فعلى المنبر، وإن كان في مكة فبين الركن والمقام، وبقيّة المساجد فعلى المنبر. وقال أبو حنيفة وصاحبه: لا تغلظ بالمكان، وبه قال أبو بكر من الحنابلة، وهو ظاهر كلام الخرقى، واستدلوا بقوله ﷺ «نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى» رواه أبو داود، وقال الخرقى: تغلظ بالأماكن التي يعظمها ويتقى الكذب فيها، وقال أبو الخطاب: إن رأى الإمام التغليظ بالزمان والمكان فهو على ما يراه فله ذلك إذا رآه، وقد أوماً إليه أحمد في رواية الميموني ولم يحدد في ذلك، وظاهر كلام

ابن قدامة أنه لا يرى تغليظها لا في الزمان ولا في المكان، واستدل بمطلق آية الوصية من قوله تعالى: ﴿فَأَخْرَجَ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوَّلَيْنِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهِدَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهِدَتِهِمَا﴾ [سورة المائدة، الآية: ١٠٧] واستحلاف النبي ﷺ ولم يغلظ لا بالزمان ولا بالمكان.

وسبب الخلاف: هل ما ورد من تغليظ اليمين على منبر النبي ﷺ يفهم منه التشريع في ذلك في كل مسجد؟ فمن قال: يفهم منه ذلك قال: لأنه لو لم يفهم منه لصار التغليظ ليس لمعنى، ومن قال: لها معنى غير الحكم بموجب اليمين على المنبر قال: لا يجب اليمين على المنبر، والحديث الذي تقدمت الإشارة إليه هو ما رواه مالك وأحمد وأبو داود عن جابر بن عبد الله: أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على منبري آثماً نبأ مقعده من النار» واحتجوا أيضاً بأنه عمل الخلفاء الراشدين، قال الشافعي رحمه الله: لم يزل عليه عمل أهل المدينة ومكة، قالوا: لو كان ما يفهم منه إيجاب اليمين المغلظة لم يكن له فائدة إلا أن تجنب اليمين في ذلك الموضع، وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً يفهم منه وجوب القضاء باليمين مثل قوله ﷺ: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار» رواه مالك وأبو داود والنسائي. وكذلك التغليظ الوارد في المكان، وقال الفريق الثاني الذي لا يرى التغليظ بالزمان والمكان: لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم به، وإذا لم يفهم منه ذلك لم يفهم منه التغليظ بالمكان، وأن وجوب التغليظ في اليمين ليس فيه إجماع من الصحابة فيما سيأتي من حديث زيد بن ثابت وتغليظ اليمين بالمكان عند مالك في القسامة واللعان، وتغليظها بالزمان في اللعان بعد صلاة العصر، واحتج بما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر، وهو ما رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم: رجل حلف على سلعة بعد العصر لقد أعطى فيها أكثر ما أعطى وهو كاذب، ورجل حلف على يمين كاذبة بعد العصر ليقتطع بها مال امرئ مسلم، ورجل منع فضل الماء فيقول الله: اليوم أمنعك فضلي كما منعت

فضل ما لم تعمل يدك» انتهى تخريج الغماري الحسيني .

فرع: اختلف العلماء في القضاء يمين وشاهد واحد: فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة في المدينة: يقضي باليمين مع الشاهد الواحد في الأموال، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضي باليمين مع الشاهد في شيء، وهو مذهب الليث من أصحاب مالك .

وسبب الخلاف في هذا الباب: تعارض الأحاديث في ذلك، واحتج القائلون بالقضاء باليمين مع الشاهد بما رواه ابن عباس أن رسول الله ﷺ «قضى باليمين مع الشاهد» رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه، ومارواه الشافعي وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة، وهو مثل الأول، وما رواه الطبراني وابن وهب والبيهقي عن زيد بن ثابت مثل الأول، وسنده حسن، وما رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن جابر مثله، وأما أبو حنيفة ومن معه: فاحتجوا بظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن رَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٨٢] وقالوا: وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ، ولا ينسخ القرآن بالسنة، لأن القرآن متواتر، وهذه الآثار ليست بمتواترة، واحتجوا أيضاً من السنة بما رواه الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا إلى النبي ﷺ فقال: «شاهدك أو يمينه» قلت: إذن يحلف ولا يبالى، قال النبي ﷺ: «من حلف على يمين يقتطع به مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان» خرجه البخاري ومسلم، وقالوا: هذا حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين، ولا يجوز عليه ﷺ إلا أن يستوفي أقسام الحجة للمدعي، وأما القائلون بثبوت الحكم، باليمين مع الشاهد الواحد فهم على أصلهم بأن اليمين هو حجة أقوى المتخاصمين شبهة، وقد قويت حجة المدعي بالشاهد، كما في القسامة. ويروى عن أحمد أنه قال: فإن أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه للمدعي من غير يمين .

فرع: واختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين: فقال مالك: يجوز القضاء باليمين مع شهادة المرأتين لأنهما قد أقيمتا مقام الرجل الواحد في الشرع، وقال الشافعي وأحمد: لا يجوز له أن يقضي بشهادة المرأتين مع اليمين لأنهما أقيمتا مقام الشاهد مع رجل لا منفردتين ولا مع يمين، كما لا يجوز بأربع نسوة منفردات عن الرجال، وعن مالك روايتان في الحدود التي هي حقوق الناس كالقذف والجروح، وقال أبو الحسن القدوري في متن القدوري في مذهب أبي حنيفة: والشهادة على مراتب: منها شهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال ولا يقبل فيها شهادة النساء، ومنها الشهادة ببقية الحدود، والقاضي يقبل فيها شهادة رجلين، ولا يقبل فيها شهادة النساء: وما سوى ذلك يقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة، ولا بد في كل ذلك من العدالة، انتهى الغرض منه، ولم يتعرض للقضاء باليمين مع امرأتين، فظاهر كلامه أنه لا يرى ذلك.

الفصل الثالث

في ثبوت الحق بنكول المدعى عليه

فقد اختلف الفقهاء فيه فذهب مالك والشافعي وفقهاء الحجاز وطائفة من العراقيين إلى أنه إذا نكل المدعى عليه عن اليمين لم يثبت للمدعي شيء بنفس النكول، إلا أن يحلف المدعي فيثبت له الحق، أو يكون له شاهد واحد، وبذلك قال أحمد، وقد تقدمت رواية عنه أنه يثبت له الحق بنكول المدعى عليه، وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضي للمدعي على المدعى عليه بنفس النكول في الأموال بعد أن تكرر عليه اليمين ثلاثاً. واختلف مالك والشافعي في قلب اليمين، وقال مالك: يكون في المواضع التي يقبل فيها شاهد وامرأتان وشاهد ويمين، وقال الشافعي: تقلب في كل موضع يجب فيه اليمين، وقال ابن أبي ليلى: لا تقلب إلا في التهمة، وعن مالك في قلب يمين التهمة

قولان، وحجة من قال بقلب اليمين ما رواه مالك أن رسول الله ﷺ «رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار» وقد تقدم في باب القسامة. ومما احتج به مالك: أن الحقوق تثبت بشيئين إما ييمين وشاهد، وإما بنكول ويمين: وعند الشافعي لا يثبت الحق بشاهد مع نكول، وحجة من قضى بالنكول: أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى واليمين لإبطالها وجب أن يكون النكول عن اليمين تحقيقاً لثبوت الدعوى عليه، قال ابن رشد: وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعي فهو خلاف للنص، قلت: وليس الأمر كما قال، لأن النبي ﷺ «ردها على اليهود في القسامة» كما تقدم من قريب.

فرع: واتفقوا على أن كتاب القاضي إلى القاضي من مصر إلى مصر ومن بلد إلى بلد في الحدود والقصاص والنكاح والطلاق والخلع غير مقبول، إلا مالكا فإنه يقبل عنده في ذلك كله، هذا ما ذكره صاحب الإفصاح، وخالفه ابن قدامة في المغني وقال: إن كتاب القاضي يقبل في الأموال وما يقصد به، ولا يقبل في الحدود كحق الله تعالى، وهل يقبل فيما عدا هذا؟ على وجهين، وبهذا قال أصحاب الرأي، وقال أصحاب الشافعي: يقبل في كل حق لآدمي من الجروح وغيرها، وهل يقبل في حق الله تعالى على قولين: قال ابن رشد: ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضي القاضي بوصول كتاب قاض آخر إليه، لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به، أعني إذا أشهد القاضي الذي ثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده، أعني في الكتاب الذي أرسله إلى القاضي الثاني أنه كتابه، وأنه أشهدهم بشوته، وقد قيل إنه يكتفي فيه بخط القاضي، لأنه كان به العمل «أي في الصدر الأول» واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة إن أشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم، فقال مالك: يجوز، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز ولا تصح الشهادة، قلت: وظاهر الأدلة الواردة في هذه المسألة أنه لا يشترط إشهاد القاضي على كتابه إلى القاضي الآخر في بلد آخر، لأنها مطلقة ولم يذكر فيها الإشهاد. ومن تلك الأدلة كتابة سليمان عليه السلام إلى ملكة سبأ لقول الله تعالى: ﴿إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيْكَ كِتَابٌ كَرِيمٌ إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿٣٠﴾ أَلَّا تَعْلَمُوا عَلَىٰ وَثْنٍ مُّثَلِّمِينَ ﴿٣١﴾ ﴿سورة النمل، الآيات ٢٩-٣١﴾.

وما ثبت أن رسول الله ﷺ كان كتب إلى الملوك وإلى ولاته وعماله وسعاته، وما روى الضحاك بن سفيان قال: كتب إلي رسول الله ﷺ «أن ورت امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها»، وما ثبت عن الخلفاء الراشدين أنهم كانوا يكتبون إلى ولايتهم في الأمصار والمدن، إلا أن يكون بين الحكمين خلاف في الحكم، بأن يكون المكتوب له يرى أن الحكم على خلاف ما كتبه إليه.

واختلفوا في العفاص والوكاء هل يقضي بهما دون شهادة أم لا في اللقطة؟ فقال مالك وأحمد: يقضي بهما، وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يقضي بهما إلا مع الشاهدين، والراجح عندي: قول مالك وأحمد في هذه المسألة لأنهما مع النص الوارد في ذلك، والمسألة تقدمت في باب اللقطة.

فرع: اختلف العلماء في جواز قضاء القاضي بعلمه في بعض الحالات، مع إجماعهم على أن القاضي يقضي بعلمه في التعديل والترجيح، وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض بشهادتهم، وخالف مالك الجمهور في قضائه بعلمه في إقرار الخصم وإنكاره فقال: على القاضي أن يحضر شاهدين بإقرار الخصم وإنكاره.

كما أجمعوا على أنه يقضي بعلمه بتغليب حجة أحد الخصمين على حجة الخصم الآخر إذا لم يكن في ذلك خلاف.

واختلفوا إذا كان في المسألة خلاف، فقال بعض العلماء: لا يرد حكمه إلا أن يخرق الإجماع، وقال بعضهم: إذا كان شاذاً يرد، وقال بعضهم: يرد إذا كان حكماً بقياس قد خالفه نص من كتاب أو سنة، إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول، ونص الكتاب محتمل، والسنة غير متواترة ولا مشهورة، قال ابن رشد: وهذا هو الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء على النص، مثل ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق، وإلى مالك باختلاف.

فرع: واختلفوا هل يقضي بعلمه على أحد دون بينة أو إقرار؟ فقال مالك وأكثر أصحابه: لا يقضي إلا بالبينات أو بالإقرار، وبه قال أحمد وشريح: وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور وجماعة: للقاضي أن يقضي بعلمه، وحجة مالك وأحمد: حديث معمر عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ «بعث أبا جهم على الصدقة فلاحاه رجل في فريضة فوق بينهما شجاج، فأتوا النبي ﷺ فأخبره فأعطاهم الإرش، ثم قال عليه الصلاة والسلام: «إني خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم، أرضيتم؟» قالوا: نعم، فصعد رسول الله ﷺ المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال: «أرضيتم؟» قالوا: لا، فهم بهم المهاجرون، فنزل رسول الله ﷺ فأعطاهم، ثم صعد المنبر فخطب ثم قال: «أرضيتم؟» قالوا: نعم». رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والبيهقي بسند صحيح على ما ذكره الغماري قالوا: فهذا يدل على أنه لم يحكم عليهم بعلمه، واستدلوا من جهة المعنى أيضاً لأجل التهمة التي تلحق القاضي في ذلك، ولإجماعهم على أن التهمة لها تأثير في الشرع. ومن ذلك اتفاق الجمهور على أن القاتل عمداً لا يرث، وردهم شهادة الأب لابنه، وشهادة الابن لأبيه، والسيد لعبده، والعبد لسيد، والزوج لزوجته، والزوجة لزوجها، وقد تقدم، وأما المجيزون: فاحتجوا بما رواه البخاري ومسلم وأحمد عن عائشة أن هنداً بنت عتبة اشتكت زوجها أبا سفيان إلى النبي ﷺ فقالت له: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني أنا وولدي من النفقة فقال لها رسول الله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وقالوا: فقد حكم لها دون أن يسمع قول خصمها.

واحتجوا من طريق المعنى بأنه له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون فيه، فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يقضي بعلمه في الحدود ويقضي في غير ذلك، وقال أيضاً: يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء، ولا يقضي بعلمه الذي كان قبل القضاء، وروي عن عمر أنه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم، وقال بعض أصحاب مالك: يقضي بعلمه في المجلس بما يسمعه، وقال ابن رشد: وهو قول الجمهور.

الفصل الرابع

في الإقرار

اتفق العلماء على وجوب العمل بالإقرار الظاهر الواضح وإنما اختلفوا فيمن يعتبر إقراره من غيره وقد تقدم في البيوع والجنایات وكذلك اتفقوا على أجزاء الإقرار مرة واحدة في الحقوق المتعلقة بالأموال .

واختلفوا في الإقرار المحتمل إذا كان اللفظ المستعمل فيه يحتمل الإقرار أو معنى آخر . .

الباب الرابع

فيمن يقضي له وعلى من يقضي عليه

اتفق الفقهاء على جواز قضائه لمن ليس بمتهم عليه .

واختلفوا في قضائه لمن كان متهماً عليه، أو على من كان متهماً عليه، فقال مالك: لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز شهادته عليه، ومن العلماء من قال بالجواز، وقالوا: لأن الشهادة تخالف القضاء في بعض الأمور، منها: أن القضاء يكون بأسباب معلومة والشهادة تخالفه .

فرع: واتفق العلماء على جواز القضاء على المسلم الحاضر .

واختلفوا في جوازه على الغائب، والصبي والمجنون، فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى جوازه مطلقاً، وذهب أبو حنيفة وابن الماجشون إلى أنه لا يجوز إلا بحضوره من ينوب عنه كالوكيل أو الوصي .

وسبب الخلاف: تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك، وحجة الأئمة الثلاثة: حديث عائشة في قصة هند بنت عتبة، قد تقدم من قريب، وتقدم ذكر من رواه، وحجة أبي حنيفة: ما تقدم من قوله ﷺ: «فإنما أقضي بنحو ما أسمع منه»، وما رواه أبو داود، والترمذي وحسنه، والحاكم وصححه، والبيهقي عن علي رضي الله عنه أنه قال له النبي ﷺ حين بعثه إلى اليمن: «لا تقض لأحد

الخصمين حتى تسمع من الآخر مع بيته». واختلف الأئمة في الحكم على غائب أو صبي أو مجنون هل يحتاج إلى تحليف المدعي أم لا؟ فقال مالك والشافعي في الأرجح عنده: نعم، وقال أحمد: لا يحتاج إلى إحلافه، وله رواية مثلهما، وقال أبو حنيفة: لا يحكم على الغائب إلا بحضوره من ينوب عنه، واختلف الأئمة في الحكم على الذميين، فقال مالك: الإمام في الخيار إن شاء حكم لهم أو عليهم وإن شاء تركهم، وعن الشافعي روايتان إحداهما: الوجوب إذا ترافعوا إلى المسلمين، والثانية: الخيار، وقال أبو حنيفة: إذا ترافعوا إلى المسلمين وجب الحكم عليهم وإلا فلا، ومن العلماء من أوجب ذلك مطلقاً.

وسبب الخلاف: ما يفهم من تعارض تخيير النبي في الحكم بينهم في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [سورة المائدة، الآية: ٤٢] مع الأمر في قوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ يَمَّا أُنْزِلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [سورة المائدة، الآية: ٤٩] والذي يظهر لي رجحان قول من قال بالخيار لأن الأمر فيما يظهر لي متجه إلى الحكم بينهم بما أنزل الله، لا إلى وجوب الحكم بينهم، والله أعلم..

الباب الخامس في كيفية القضاء

فقد أجمع علماء الإسلام على أن الواجب على القاضي أن يسوي بين المتخاصمين في حكمه ومجلسه، وأن لا يستمع لبعضهم دون البعض الآخر، وأن الذي يبدأ به قضاءه مطالبة المدعي بالشهود إذا أنكر المدعى عليه، إن كان الحق مالاً، وإن كانت الدعوى نكاحاً أو طلاقاً أو دماً فقال مالك لا تجب الدعوى إلا بشاهد، وقال الشافعي: تجب من غير شاهد.

واختلفوا في وجوب اليمين في المال على المدعى عليه بمجرد الدعوى، أم لا تجب عليه إلا بعد إثبات المدعي غلطه، فالجمهور على أنه تجب عليه بمجرد الدعوى، واحتجوا بقوله ﷺ في حديث ابن عباس المتقدم: «البينة على

المدعي واليمين على المدعى عليه»، ومذهب مالك أن اليمين لا تجب إلا بالمغالطة، وبه قال فقهاء المدينة السبعة، وعمدة هؤلاء: النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعوى إلى تعنيت بعضهم بعضاً وأذية بعضهم لبعض، ولذلك لا يرى مالك إحلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق، والعبد لسيدته إذا ادعى عليه بالعق، إلا بشاهد، والدعوى لا تخلو من الأمرين أحدهما: أن تكون في شيء في الذمة كالدين، أو في شيء موجود بعينه، فإن كانت في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينة قبلت منه ببيئته باتفاق العلماء.

واختلفوا إذا كان العقد في عين هل تقبل بينة المدعى عليه أم لا؟ وإذا كانت الدعوى في عين قال ابن رشد: وهو الذي يسمى استحقاقاً فقال مالك والشافعي: تسمع في أن يشهد على المدعي بينة المدعى عليه أنه مال له ومملكه. وقال أبو حنيفة: لا تسمع بينة المدعى عليه إلا في النكاح وما لا يتكرر، قال ابن رشد: وقال غيره: لا تسمع في شيء، وأظنه يريد أصحابه، وحجة من قال تسمع أن الشرع علق الاستحقاق بالشهادة وكلما وجدت حصل سببها، وحجة من قال: لا تسمع هي: أن الشرع قد جعل البينة للمدعي واليمين للمدعى عليه فوجب أن لا تنعكس القضية الشرعية لأن ذلك عبادة عندهم، وقد يقال ليس هنا انعكاس وإنما هو لما عدمت من أصلها ووجدت في غيره قبلت.

وسبب الخلاف: هل بينة المدعى عليه تفيد معنى زائداً على كون الشيء المدعى عليه في يده أم ليست تفيد ذلك.

فمن قال: لا تفيدته قال: لا عبرة لها: ومن قال: تفيدته اعتبرها، قال ابن رشد: فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البيئتين ولم تثبت إحدهما معنى زائداً مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك، فالحكم عند مالك أن يقضي بأعدل البيئتين ولا يعتبر الأكثر، وقال أبو حنيفة: بينة المدعى أولى على أصله، ولا ترجح عنده بالعدالة كما لا ترجح عند مالك بالعدد، وقال الأوزاعي: ترجح بالعدد إذا تساوت العدالة، فإذا تساويتا عند مالك

يحلف المدعى عليه، فإن نكل حلف المدعي ووجب له الحق، هذا ما ذكره ابن رشد، وقال ابن قدامة في المغني.

فصل

ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد ولا باشتهار العدالة، ثم قال: وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، ثم قال: ويتخرج أن ترجح بذلك مأخوذاً من قول الخرقى: ويتبع الأعمى أوثقهما في نفسه ثم قال وهذا قول مالك ثم قال لأن أحد الخبرين يرجح بذلك، فكذلك الشهادة لأنها خبر، ولأن العدالة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة فالظن بها أقوى، ثم ذكر عن الأوزاعي أنه قال: يقسم على عدد الشهود، فإذا شهد اثنان والآخر أربعة قسمت العين أثلاثاً، لأن الشهادة سبب الاستحقاق، فيوزع الحق عليها، انتهى المراد منه، وأما إذا أقر الخصم: فإن كان المدعى فيه عيناً فلا خلاف في أنها تدفع إلى مدعيها. وأما إذا كان مالاً في الذمة فإنه يكلف المقر غرمه فإن ادعى عدم وجوده يحبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه إما بطول السجن أو البينة إن كان متهماً، فإذا تبين عسره خلى سبيله وينظر لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُنُقٍ فَنُزِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٨٠]، وقال أحمد: يؤخر، وهو مروى عن عمر بن عبد العزيز، وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار، واتفقوا على أن البينة إذا جرحوا المدعى عليه أن الحكم يسقط إذا كان التجريح قبل الحكم، وإن كان التجريح بعد الحكم لم ينتقض، وبه قال مالك إلا إذا كان الجارح عالماً بموجب جرحه، مبرزاً هو في عدالته، وقال الشافعي وأحمد: لا يقبل حتى يعين سبب جرحه، وعنه رواية مثل قول أبي حنيفة، وأما إذا رجعت البينة عن الشهادة فإن كان قبل الحكم فالأكثر على عدم ثبوت الحكم، ومن العلماء من قال: يثبت، وإن كان بعد الحكم ثبت عند مالك، وقال غيره: لا يثبت الحكم، وقال مالك: إن الشهود يضمنون ما أتلّفوه بشهادتهم، إن كان مالاً ضمنوه على كل حال، وخالفه عبد الملك من أصحابه، وقال: يثبت بالغلط، وقال الشافعي: لا يضمنون المال ويضمنون

الدم، وإن كان دماً فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية، وإن أقرّوا أقيد منهم على ما قاله أشهب، ولم يقتض منهم على قول ابن القاسم، انتهى ابن رشد في البداية، وقال في «رحمة الأمة»: إذا شهد شاهدان بمال ثم رجعا بعد الحكم به: فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي في القديم وأحمد: عليهما الغرم، وقال الشافعي في الجديد: لا شيء عليهما، ثم قال: واتفقوا على أنه لا ينقض الحكم الذي حكم به الحاكم بشهادتهما، وأنهما إذا رجعا قبل الحكم لم يحكم بشهادتهما، وإذا حكم حاكم بشهادة فاسقين ثم علم بعد الحكم حالهما: قال أبو حنيفة: لا ينقض حكمه، وقال مالك وأحمد: ينقض حكمه، وللشافعي روايتان: إحداهما: ينقض والأخرى لا ينتقض.

فرع: اختلف العلماء في تعزيز شاهد الزور، فقال مالك: يعزر ويوقف في قومه ويعرفون أنه شاهد زور ويشهر في الجوامع والأسواق والمجامع، وقال الشافعي وأحمد: يعزر ويوقف في قومه يعرفون أنه شاهد زور، وقال أبو حنيفة: لا يعزر بل يوقف في قومه ويعرفون أنه شاهد زور.

الباب السادس

متى يقضي

ومنه ما يرجع إلى حال القاضي نفسه، ومنه ما يرجع إلى وقت إنفاذ الحكم وفصله، ومنه ما يرجع إلى وقت توقيف المدعى فيه وإزالة اليد عنه إن كان عيناً، وأما متى يقضي القاضي: فقد اتفق العلماء على أنه لا يقضي وهو مشغول البال بأن يكون غضباناً أو عطشاناً أو جائعاً أو خائفاً أو حاقناً أو مهموماً أو منشغل النفس بكل ما يمنعه من النظر والاجتهاد، واتفق الفقهاء على أنه إذا حكم فأصاب أن حكمه نافذ ولو كان متصفاً بهذه الصفات التي تقدمت، إلا في حالة الغضب فقد استثنى بعض أهل العلم، حكاه القاضي من أصحاب أحمد للنهي الوارد فيه وهو قوله ﷺ: «لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان» متفق عليه، وقالوا النهي يدل على فساد المنهي عنه، لكن إذا انتفت علة الهي

انتفى حكمه وهي مخافة الخطأ في الحكم بسبب الغضب، وإذا أصاب بقي الحكم على ما كان عليه، لا يغير بإزالة الغضب عنه، لكن ينبغي عليه أن لا يخالف نهى الشارع ويحكم حال الغضب، لأن ذلك مظنة للخطأ، وقيل: إنما يكره الحكم حال الغضب إذا لم يتضح له الحق قبل حدوث الغضب، وقد قضى النبي ﷺ بين الزبير والأنصاري وهو غضبان، فقال له: أسق ثم أحبس الماء حتى يبلغ الجدر «متفق عليه»، والله أعلم وصار النهي للكراهة كما ذهب إليه العلماء ومنهم الأئمة الأربعة وغيرهم.

فرع: وأما متى ينفذ الحكم عليه أي على المدعى عليه: فبعد ضرب الأجل والإعذار، ومعنى نفوذ الحكم عليه هو: أن يحق حجة المدعي أو يدحضها، وهل له أن يسمع حجة بعد الحكم؟ ففي ذلك اختلاف، والأشهر عن مالك أنه يسمع ما كان حقاً لله كالعتق والحبس ولا يسمع فيما سواه، وقيل في المذهب: لا يسمع بعد نفوذ الحكم، وقيل: لا يسمع من المدعي والمدعى عليه، وقيل بالفرق بين المدعي والمدعى عليه.

وأما وقت التوقيف فهو: عند الثبوت وقبل الإعذار، وهو إذا لم يرد الذي استحق الشيء من يده أن يخاصم فله أن يرجع بثمنه على البائع، وإن كان رجوعه به على البائع يحتاج إلى موافقة عليه فيثبت شراؤه منه إن أنكره أو لم يعترف به، وإن أقر به فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته من يد المستحق، وقال الشافعي: يشتريه منه، فإن عطب في يد المستحق فهو ضامن له، وإن عطب بعد الثبات فضماته من المستحق وقيل: إنما يضمه بعد الحكم.

وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه، واتفقوا على أن الحاكم إذا حكم باجتهاد ثم بان له اجتهاد يخالفه فإنه لا ينقض اجتهاده الأول، وكذلك إذا رفع إليه حكم غيره فلم يره فإنه ينقضه، هذا نهاية ما أردناه من أصل هذا الكتاب، ونذكر بعده خاتمة والله الحمد والشكر على ختمه وكانت نهايته في ١٤٠٩/٩/١ هـ.